

Wojciech Engelking

Stan nadzwyczajny w ujęciu monistycznym: trzy propozycje teoretyczne i ich możliwa praktyczna implementacja do unormowań Konstytucji RP z 1997 roku

Wprowadzenie

Teza, jakoby stan nadzwyczajny (którego to terminu używam w formie ogólnej, rozumiejąc pod nim każdą prawną odpowiedź na faktyczną „sytuację, która powoduje poważne zakłócenia systemu lub porządku politycznego, zagrażając jego przetrwaniu”¹ – innymi słowy, i stan wyjątkowy opisywany przez Carla Schmitta, i unormowania zawarte w Konstytucji RP z 1997 roku, które są przedmiotem tych rozważań) był dziś jednym z podstawowych narzędzi prowadzenia polityki, nie jest w 2020 roku specjalnie nowa. Już w 1998 roku Giorgio Agamben stwierdził, iż z racji częstego używania stracił on wyjątkowy charakter i stał się permanentnym położeniem społeczeństw zachodnich². Tezę Agambena podchwycili

Wojciech Engelking (ORCID: 0000-0002-4816-9193) – doktorant na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Kontakt: Wojciech.engelking@gmail.com.

- 1 J. Ferejohn, P. Pasquino, *The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers*, „International Journal on Constitutional Law” 2004, t. 2, nr 2, s. 231.
- 2 G. Agamben, *Stan wyjątkowy*, przeł. M. Surma-Gawłowska, Ha-Art., Kraków 2009; *idem*, *Homo sacer. Suwerenna władza i nagie życie*, przeł. M. Salwa, Prószyński i S-ka, Warszawa 2008.

badacze tacy jak Naomi Klein i Kim Lane Scheppele, traktując omawianą instytucję z niechęcią³.

Ta ostatnia – może dziwić. Stan nadzwyczajny to rozwiązanie zakazane w zachodnim porządku prawnym – i nie mam tu na myśli takich jego inkarnacji, jak rzymska dyktatura czy opisywana przez Johna Locke’a instytucja prerogatywy. Chodzi mi raczej o jego wielowiekową obecność w dokumentach prawa pozytywnego (także ponadnarodowych, np. *Międzynarodowym pakcie praw obywatelskich i politycznych* Organizacji Narodów Zjednoczonych z 1966 roku), która, w myśl warunków postawionych przed tą instytucją przez Waltera Benjamina, sprawia, że użycie tego prawa nie jest obwarowane ryzykiem nadużyć⁴.

Niechęć badaczy do stanu nadzwyczajnego bywa dwojakiego rodzaju i zależy od tego, z którą stroną debaty publicznej ów badacz się identyfikuje. Jeżeli z liberalną, katalog zarzutów wobec tej instytucji można za Paulem Wilkinsonem zawrzeć w stwierdzeniu, iż „głównym celem strategii antyterrorystycznej musi być ochrona i utrzymanie liberalnej demokracji i praworządności”⁵, a stan nadzwyczajny właśnie tym dwóm ostatnim zagraża. Liberalni sceptycy obawiają się więc, że sama możliwość umocowania omawianej instytucji w systemie prawnym może spowodować to, co Fareed Zakaria określa jako demokracja nieliberalna, Jacob Talmon – demokracja totalitarna, Ernst Fraenkel z kolei jako państwo podwójne⁶.

Jest także druga grupa sceptyków, którzy obiektem swej niechęci czynią nie samo ujęcie w prawie sytuacji nadzwyczajnej, lecz zbyt ściśle jej unormowanie. Ci spadkobiercy niektórych elementów myśli Carla Schmitta, jak np. Clinton Rossiter, nawet jeśli występują jako zwolennicy

3 N. Klein, *Doktryna szoku: jak współczesny kapitalizm wykorzystuje kryzysy społeczne*, przeł. H. Janowska, Muza, Warszawa 2020; K.L. Scheppele, *Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11*, „University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law” 2004, t. 6, nr 5.

4 W. Benjamin, *Przyczynek do krytyki przemocy*, przeł. A. Lipszyc, „Kronos: metafizyka, kultura, religia” 2009, nr 4, s. 30.

5 P. Wilkinson, *Terrorism and the Liberal Dctate*, New York University Press, New York 1986, s. 123.

6 F. Zakaria, *The Rise of Illiberal Democracy*, „Foreign Affairs” 1997, t. 76, nr 6, s. 22; J.L. Talmon, *The Origins of Totalitarian Democracy*, W.W. Norton, New York 1970; E. Fraenkel, *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship*, przeł. E.A. Shils, Lawbook Exchange, New York 2010.

demokracji liberalnej, przekonują, iż „żadna ofiara nie jest zbyt wielka dla demokracji”⁷. Twierdzą, że prawo jest tworzone dla państwa, nie odwrotnie, i rządy tego pierwszego utrudniają pokonanie zagrożeń, z którymi zmaga się drugie⁸. Wnoszą zatem o poszerzenie uprawnień, jakimi określone instytucje państwa (przede wszystkim egzekutywa) mogą się cieszyć w sytuacji wyjątkowej, by ocalone zostały „zasady leżące u podstaw konstytucji, a nie ścisła litera tejże”⁹. Podobnie jak Schmitt argumentują, iż sytuacji zagrożenia przed jej zaistnieniem nie można przewidzieć i nawet ogólne zapisy prawa, poczynione zanim państwo znalazło się w nadzwyczajnym położeniu, mogą się okazać przeciwnie skuteczne.

Tych przeciwników normowania stanu nadzwyczajnego więcej łączy aniżeli dzieli. Niezależnie od wysuwanych argumentów, podchodzą oni do jego prawnego opisanie, kierując się perspektywą dualistyczną, w myśl której w przestrzeni prawa, podobnie jak w świecie faktycznym, istnieją dwie sytuacje – normalna oraz wyjątkowa. Nie chodzi o to, iż uważają za Schmittem, iż wyjątek jest bardziej interesujący niż reguła; raczej o to, że niezależnie od tego, po której stronie sporu się znajdują, organizują swe myślenie na zasadzie opozycji tego, co normalne, i tego, co nienormalne, którą to opozycję przestrzeń prawa miałyby powielać za przestrzenią świata faktycznego.

Tymczasem nie jest to jedyne możliwe podejście do instytucji stanu nadzwyczajnego, istnieje bowiem model drugi – monistyczny. Taki chciałbym tu zaproponować, starając się w ramach jego perspektywy zinterpretować nadzwyczajne uprawnienia danych instytucji państwa unormowane w Konstytucji RP (którą, za Krzysztofem Prokopem, będę traktował jako przykład konstytucji demokratycznego państwa prawnego¹⁰). Będę jednocześnie argumentował, że dzięki monistycznej perspektywie upraw-

7 C. Rossiter, *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton University Press, Princeton 1948, s. 314.

8 W. Bonefeld, *Democracy and Dictatorship. Neoliberalism and the State of Exception*, „Critique. Journal of Socialist Theory” 2006, t. 34, nr 3, s. 365.

9 M. McGovern, *The Dilemma of Democracy: Collusion and the State of Exception*, „Studies in Social Justice” 2006, t. 5, nr 2, s. 214.

10 K. Prokop, *Stany nadzwyczajne w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Temida, Białystok 2005, s. 14.

nienia te mogą zostać poszerzone. Kolejno opiszę; obecne unormowanie tej kwestii; różnice między perspektywą dualistyczną a monistyczną: monizm neokantyzmu Roberta Nozicka, liberalnego realizmu Jeremy'ego Waldrona i instytucjonalizmu Nomi Claire Lazar i Thomasa Biebrichera – i sposoby ich zastosowania do interpretacji Konstytucji RP.

Uregulowanie stanu nadzwyczajnego w Konstytucji RP

Jak piszą John Ferejohn i Pascale Pasquino, niezależnie od szczegółowego unormowania, każdy prawny stan nadzwyczajny wprowadzany jest dla „zajęcia się sytuacjami przejściowymi i przywrócenia warunków do stanu, w którym konstytucyjny system praw i procedur może zostać na nowo wprawiony w działanie”¹¹. W ramach tego celu, stan nadzwyczajny może być unormowany według trzech modeli: *martial law*, republikańskiego oraz monarchicznego¹². Uregulowanie polskie pochodzi z modelu drugiego i, jak w duchu perspektywy dualistycznej podnosi Michał Brzeziński, wyraża przekonanie ustawodawcy, iż konstytucja to akt zaprojektowany nie tylko na sytuacje pokojowe, ale także ekstremalne, który pozostaje niezawieszalny w warunkach szczególnego zagrożenia organizmu państwowego¹³.

Unormowania dotyczące stanu nadzwyczajnego (używam sformułowania w liczbie pojedynczej, nie zaś mnogiej, jak proponuje ustawodawca w Konstytucji RP, gdyż także opisując jego uregulowanie w tej ustawie mam na myśli przede wszystkim, by użyć słów Wojciecha Golca, „termin teoretyczny, który skupia w sobie wszystkie cechy stanów nadzwyczajnych – rodzajów [postaci] stanu nadzwyczajnego”¹⁴) polska ustawa zasadnicza zawiera w artykułach od 228 do 234. Wprowadza trzy rodzaje wzmiankowanego: stan wojenny, stan wyjątkowy oraz stan klęski żywiołowej. Art.

11 J. Ferejohn, P. Pasquino, *The Law of the Exception*, s. 212–213.

12 N. Hussein, *The Jurisprudence of Emergency*, University of Michigan Press, Ann Arbor 2003, s. 10.

13 M. Brzeziński, *Wybrane zasady stanów nadzwyczajnych w konstytucji z dnia 2 kwietnia 1997 r. – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Studia Politologiczne” 2017, t. 45, s. 275.

14 W. Golec, *Stany nadzwyczajne w okresie transformacji ustrojowej w Polsce*, „Politeja” 2012, nr 2, s. 282. Zob. także M. Brzeziński, *Stany nadzwyczajne w polskich konstytucjach*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2007, s. 11.

228 i ust. 2 art. 233 odnoszą się do regulacji ich wszystkich, podczas gdy pozostałe dotyczą poszczególnych. Ponieważ opisuję zjawisko z perspektywy ogólnej, interesują mnie te pierwsze, a wśród nich zwłaszcza zasady, które muszą zostać spełnione przy wprowadzaniu każdego, by nie została naruszona istota demokratycznego państwa prawnego. Są to zasady: wyjątkowości, proporcjonalności, celowości, legalności, ochrony podstaw systemu prawnego i organów przedstawicielskich. Z wymienionych za najistotniejsze dla przyjętej tu perspektywy monistycznej należy uznać ostatnie trzy.

Zasada legalności określa, iż stan nadzwyczajny może być wprowadzony tylko na podstawie ustawy, w drodze rozporządzenia podawanego do publicznej wiadomości. „Ustrojodawca – pisze Krzysztof Prokop – ustanowił w ten sposób trójpoziomą strukturę regulacji stanów nadzwyczajnych”¹⁵. Pierwszy – to regulacje konstytucyjne; drugi – ustawy o stanach nadzwyczajnych; trzeci – rozporządzenia. Rozporządzenie winno być wydane przez prezydenta na wniosek Rady Ministrów i dotyczyć wprowadzenia „odpowiedniego stanu nadzwyczajnego. [...] rozporządzenie ma uruchomić cały mechanizm danego stanu nadzwyczajnego, [...] określić, które z postanowień ustawy będą miały zastosowanie w danej sytuacji”¹⁶. Rozporządzenie wymaga zgodnego działania legislatury i egzekutywy: oprócz wskazanego wyżej wniosku przez Radę Ministrów, może je uchylić Sejm.

Warto w tym miejscu zaznaczyć dwie rzeczy. Po pierwsze, iż rozporządzenie o wprowadzeniu stanu nadzwyczajnego różni się od rozporządzeń z mocą ustawy i rozporządzenia wykonawczego: „ustawodawca nadał znaczenie autonomiczne – jest to, w odróżnieniu od innych rozporządzeń, akt stosowania prawa”¹⁷. Po drugie, że konstytucja nie reguluje możliwości jego badania przez sądy. Jak stanowi art. 178 ust. 1, sędziowie podlegają tylko konstytucji i ustawom; rozporządzeniami (także tak szczególnie, jak o wprowadzeniu stanu nadzwyczajnego) nie są toteż związani

15 K. Prokop, *Stany nadzwyczajne w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, s. 22.

16 *Ibidem*, s. 27.

17 M. Radajewski, *Treść, charakter prawny oraz kontrola legalności rozporządzeń dotyczących stanów nadzwyczajnych w świetle Konstytucji RP*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, R. LXXX, z. 4, s. 134.

i „należy stwierdzić – pisze Prokop – że takiego uprawnienia sądom przyznać nie można”¹⁸, bo przejmują je Sejm. Przysługuje ono jednak Trybunałowi Konstytucyjnemu, który może badać zakres nadzwyczajnych przepisów uruchomionych przez rozporządzenie pod kątem ich zgodności z ustawą o danym stanie nadzwyczajnym. Kognicja TK ogranicza się jednak do postanowień normatywnych rozporządzenia i nie może on znieść stanu nadzwyczajnego orzeczeniem¹⁹.

Aksjomat ochrony podstaw państwa prawnego zawiera się po części w zasadzie celowości i ukierunkowaniu działań podejmowanych przez władze. Ponieważ jednak „państwa, które aspirują do rangi państwa konstytucyjnego, nie mogą działać w sposób zaprzeczający lub ignorujący konstytucyjne wartości w imię ich obrony”²⁰, ust. 6 art. 228 tworzy kompleks artykułów niezmiennych – rodzaj, by użyć metafory Jamesa Buchanana, nakazu Odyseusza dla marynarzy, by go nie rozwiązywali, gdy śpiewają syreny²¹. W przypadku Konstytucji RP jest to zakaz jej zmiany oraz zmiany ordynacji wyborczych do Sejmu i Senatu, organów samorządu terytorialnego, ustawy o wyborze prezydenta, jak również samych ustaw o stanach nadzwyczajnych. Jak dodaje Marcin Niemiec, wiąże to zasadę celowości z „zasadą tymczasowości, dopuszczającą wprowadzenie stanu nadzwyczajnego na czas oznaczony”²².

Zasada ochrony organów przedstawicielskich zawarta w ust. 7 art. 228 Konstytucji RP stanowi, iż w trakcie trwania stanu wyjątkowego i przez 90 dni po jego zakończeniu nie wolno skracać kadencji Sejmu, przeprowadzać referendum ogólnokrajowego, wyborów do Sejmu i Senatu, organów samorządu terytorialnego oraz na urząd prezydenta. Upływ 90 dni winien być przeznaczony na przygotowanie do przywrócenia normalnych mechanizmów demokratycznych. Art. 232 określa więc, jaki jest maksymalny czas trwania stanów nadzwyczajnych: w stanie wyjątkowym i wojennym

18 K. Prokop, *Stany nadzwyczajne w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, s. 29.

19 Zob.: M. Radajewski, *Treść, charakter prawny oraz kontrola legalności rozporządzeń...*, s. 143–144.

20 J. E. Finn, *Constitutions in Crisis*, Oxford University Press, Oxford 1991, s. 42.

21 Zob. J. Buchanan, *The Reason of Rules: Constitutional Political Economy*, Cambridge University Press, Cambridge 1985, s. 82.

22 M. Niemiec, *Stany nadzwyczajne w Konstytucji RP*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2016, t. 106, s. 24.

to 240 dni²³, jeśli jednak chodzi o stan klęski żywiołowej, konstytucja nie normuje, o ile maksymalnie Sejm może go przedłużyć, można więc, jak pisze Krzysztof Prokop, wyobrazić sobie, że czyni to w nieskończoność²⁴.

Należy teraz wskazać, jakie elementy tych zasad są najistotniejsze dla instytucji stanu nadzwyczajnego interpretowanego z perspektywy monistycznej. Jest to, po pierwsze, wykluczenie badania rozporządzenia o stanie nadzwyczajnym przez sądy i ograniczenie kognicji TK do normatywnej części rozporządzenia; po drugie, kwestia nieuwzględniania maksymalnego terminu przedłużenia stanu klęski żywiołowej przez Sejm. Istotność polega na tym, iż każdy z tych elementów umacnia jedną z gałęzi władzy, nie naruszając kompleksu artykułów niezmiennych z ust. 6 art. 228. W następnych rozdziałach sprawdzę, na ile można to umocnienie zwiększyć, nie łamiąc zasad demokratycznego państwa prawnego.

Perspektywa dualistyczna i monistyczna

Zasadniczym fundamentem perspektywy dualistycznej jest przyjęcie aksjomatu istnienia dwóch rzeczywistości prawnych, odpowiadających dwóm rzeczywistościom faktycznym – codziennej, unormowanej prawem pozytywnym, której konsekwencją jest *rule of law* – oraz drugiej, do której ta ostatnie nie przystaje, wywołując „napięcie między praworządnością a praktyką polityczną, która dąży do jej przekroczenia”²⁵. Konsekwencją tej perspektywy jest przewidzenie dwóch form rządu: jednej na czasy normalne, drugiej – wyjątkowe²⁶.

Zastosowanie perspektywy dualistycznej wprowadza kilka aporii, spośród których za podstawową należy uznać aporię legitymacji²⁷. O ile bowiem rząd czasów normalnych cieszy się tą, która wynika z *rule of law*,

23 Por. S. Bułajewski, M. Dąbrowski, *Wolności i prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne*, w: M. Chmaj (red.), *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 163 i nast.

24 K. Prokop, *Stany nadzwyczajne w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, s. 43.

25 J. Huysmans, *International Politics of Exception: Competing Visions of International Political Order Between Law and Politics*, „Alternatives: Global, Local, Political” 2006, t. 31, nr 2, s. 138.

26 J. Ferejohn, P. Pasquino, *The Law of the Exception*, s. 224.

27 R. Hjorth, *The Poverty of Exceptionalism in International Theory*, „Journal of International Political Theory” 2014, t. 10 (2), s. 169.

rząd czasów wyjątkowych potrzebuje innej. Skoro więc w normalności działania rządu znajdują swą prawomocność w systemie norm, w okresie wyjątkowym konieczne jest szukanie jej poza nim, w okolicznościach świata faktycznego.

Monistyczna perspektywa myślenia o stanie nadzwyczajnym opiera się na próbie wyjścia z tej aporii, i to – wyjścia radykalnego, które pozwoli na przyznanie legitymacji z porządku *rule of law* działaniom podejmowanym podczas trwania w świecie faktycznym sytuacji nadzwyczajnej. Moniści nie negują, iż niektóre wydarzenia świata faktycznego należy uznać za wykraczające poza ramy, do jakich przyzwyczała podmioty prawa codziennosc; uznają jednak, iż system prawa jako źródła i, ze względu na ich legalność, legitymacji działań instytucji państwowych nie musi być wtedy zawieszony – w nim samym można bowiem znaleźć uregulowania wystarczające do przewyciężenia faktycznej sytuacji nadzwyczajnej. Uregulowania te, pisze Nomi Claire Lazar, służą państwu zarówno w faktycznej sytuacji nadzwyczajnej, jak i codziennej, a „uprawnienia stosowane w sytuacjach nadzwyczajnych są uzasadnione ponieważ zawierają zasady, które już funkcjonują w normalnych warunkach”²⁸.

Oczywiście, gwałtowność wydarzeń nadzwyczajnych w świecie faktycznym powoduje różnicę między prawem (by użyć sformułowania z porządku perspektywy dualistycznej) normalnym i nadzwyczajnym; różnica ta jednakże nie oznacza dla monistów zawieszenia działania systemu prawnego w ogóle. „[...] to jest zmiana – pisze Lazar – ale nie szerokości oceanu. Wartości normalne i wyjątkowe są podobne. Instytucje normalne i wyjątkowe również charakteryzuje ciągłość”²⁹. Jednocześnie moniści nie twierdzą, że faktyczna sytuacja nadzwyczajna daje się całkowicie przewidzieć i przepisy mogą określić, jakie instytucje państwa winny zawsze przedsięwziąć w jej przypadku działanie. Traktują wyjątek podobnie do Schmitta, jako rzecz nie do wyobrażenia, nim się zdarzy – i podobnie jak on uznają, że jest nieodłączną częścią rzeczywistości. Inaczej jednak niż Schmitt i dualiści nie organizują wokół wyjątku jako elementu świata faktycznego swojej wyobraźni filozoficznej i prawnej.

28 N.C. Lazar, *States of Emergency in Liberal Democracies*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, s. 5.

29 *Ibidem*, s. 7.

Takie podejście do instytucji stanu nadzwyczajnego wynika, zdaniem Kennetha Waltza, z zatrzymania się monistów w pół drogi między spadkobiercami Schmitta a zwolennikami ścisłego uregulowania problematyki wyjątku – przy jednoczesnym ich zwrocie w stronę tych drugich³⁰. Model perspektywy monistycznej zakłada jedność instytucji sprzed i w momencie wystąpienia okoliczności wyjątkowych. Nie stawia więc wyjątku w centrum filozoficzno-prawnego namysłu nad pokonaniem faktycznej sytuacji nadzwyczajnej, pozostawiając to miejsce dla instytucji właśnie, które przewalczą ją przy użyciu mechanizmów stosowanych przez nie w faktycznej sytuacji normalnej.

Stan nadzwyczajny w ujęciu monistycznym (I): neokantyzm Roberta Nozicka

Monistów łączy z decyzyjonistami jeszcze jeden dogmat: że podstawową sytuacją, w jakiej znajdują się podmioty prawa, jest konflikt. Już Immanuel Kant, proponujący jako jeden z pierwszych monistyczną perspektywę myślenia o prawnym uregulowaniu faktycznej sytuacji nadzwyczajnej, uważał, iż niezgoda jest konsekwencją ludzkiego charakteru, opisywanego przezeń jako „niespółeczna zdolność ludzi do zrzeszania się w społeczeństwie w połączeniu z ciągłym oporem, który nieustannie grozi jego rozpadem”³¹. Filozof z Królewca traktował państwo jako siłę, która społeczne nastroje będzie tonować, i widział narzędzie do uczynienia tego w instytucji konstytucji obywatelskiej. Za sprawą tejże antagonizmy w społeczeństwie mogły być rozwiązane na podstawie „praworządnego porządku społecznego”³².

Kantowska konstytucja obywatelska zarówno dopuszcza wyjątki jako nadzwyczajne postępowanie instytucji państwa, niezależnie od zaistnienia faktycznej sytuacji nadzwyczajnej, jak i ich nie dopuszcza. Z jednej

30 Zob. K. Waltz, *The Continuity of International Politics*, w: K. Booth, T. Dunne (red.), *Worlds of Collision: Terror and the Future of Global Order*, Palgrave, London 2002, s. 350.

31 I. Kant, *On the Common Saying: „This May Be True in Theory, But It Doesn't Apply to Practice”*, w: *idem, Political Writings*, Cambridge University Press, Cambridge 1971, s. 44.

32 *Ibidem*.

strony, filozof z Królewca uważa, iż „głowa państwa musi być upoważniona do samodzielnego osądzania, czy pewne środki są konieczne dla dobrobytu wspólnoty”³³, z drugiej zaznacza, iż tego rodzaju rozwiązania są konsekwencją już istniejącego prawa. Jako przykład podaje działania Karola I w kwestii podatków; dodaje też, że „może się zdarzyć – co też nie jest zabronione, choć odbiega od przyjętych dotąd zasad – że na wniosek głowy państwa zaciągnięty zostaje przymusowo dług publiczny, jeśli to jedyny ratunek dla zrujnowanego kraju”³⁴. Władza ta jest absolutna i wymaga posłuszeństwa – które sprawia, że poddani mogą się spierać o wszystko poza poczynaniami jej dzierżyciela³⁵.

Tak streszczonej kantowskiej koncepcji na pozór blisko do kojarzącego się z perspektywą dualistyczną decyzjonizmu Carla Schmitta. Przestaje się tak wydawać, gdy wizję wyjątku wpisujemy w dwa inne elementy myśli autora *Metafizyki moralności*: maksymę, wedle której człowiek nigdy nie może być środkiem i rozróżnienie na obowiązki i zobowiązania. O ile te drugie zezwalają na wyjątki, pierwsze – ich nie dopuszczają; prawo zaś i posłuszeństwo jemu należy do pierwszych. Nie można stworzyć takiego unormowania, które by było od prawa wyjątkiem – i nie może tego zrobić także działająca w stanie faktycznej wyższej konieczności egzekutywa (ani jakkolwiek inna gałąź władzy, która by stosowała środki nadzwyczajne)³⁶. W ten sposób Kant umieszcza jej wyjątkowe uprawnienia w granicach systemu prawnego.

Kantowski monizm zyskuje rozwinięcie u Roberta Nozicka; wydaje mi się ono ciekawą podstawą do monistycznego myślenia o nadzwyczajnych uprawnieniach wynikających z Konstytucji RP. Korzystając z kantowskiej maksymy o środku i celu, Nozick (uważający, iż państwo winno się w aktywności względem obywateli ograniczać do chronienia ich przed przemocą, kradzieżą, oszustwem) proponuje podejście libertariańskie, uważając, iż ludzie jako podmioty prawa nie mogą zostać zmuszeni do „poniesienia

33 *Ibidem*, s. 80.

34 *Idem*, *Metafizyka moralności*, przeł. M.J. Siemek, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2019, s. 170–171.

35 *Idem*, *Co to jest oświecenie?*, w: T. Kroński, *Kant*, Wiedza Powszechna, Warszawa 1966, s. 164.

36 *Idem*, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, przeł. M. Wartenberg, deAgostini, Warszawa 2007, s. 62 i nast.

pewnych kosztów, które w większym stopniu przynoszą korzyści innym, w imię ogólnego dobra społecznego [... Nie ma takiego podmiotu, który by się poświęcał dla wspólnego dobra. Są pojedyncze osoby]³⁷.

Widząc prawo jako system absolutny, Nozick nie dostrzega możliwości czynienia w nim wyjątków, które miałyby opłacać się większej zbiorowości – ponieważ nie będą się jej opłacać jako nieopłacalne dla pojedynczych podmiotów, które się na nią składają. „Opłacalność” jest słowem kluczowym, gdyż swój wywód amerykański filozof opiera na problematyce poszanowania prawa własności: podmioty prawa posiadają je względem rozporządzania sobą i tym, co do nich należy. Własność zostaje przez Nozicka uznana za podstawę kantowskich obowiązków – przy odrzuceniu przezeń propagowanego przez Kanta absolutyzmu. Instytucje władzy, ograniczone do minimum, nie mają prerogatywy do działania w sytuacji wyjątkowej: nie są przedstawicielami państwa, lecz podmiotami prawa jak każde inne.

Wydawałoby się więc, że podobny sposób myślenia o państwie, po pierwsze, uniemożliwia zastosowanie teorii Nozicka do polskich realiów prawnych jako realiów demokratycznego państwa prawnego (za sprawą egzotyczności libertarianizmu i jego nieprzystawania do tych ostatnich), po drugie zaś – że nie da się w jego ramach ująć stanu nadzwyczajnego, o którym Nozick pisze, iż chociaż „omijam tu te niewiarygodnie trudne kwestie, zauważam, że moja teoria musi w pewnym momencie wyraźnie je rozwiązać”³⁸.

Niektórzy badacze utrzymują, że „nie rozwiązuje”³⁹. Nie zgadzam się z tym i uważam, że istotę monistycznego podejścia Nozicka do stanu wyjątkowego lepiej oddają Oren Gross i Fionnuala Ní Aoláin, którzy uważają, iż zawiera się ona w jego stosunku do kwestii zadośćuczynienia⁴⁰. Nie przewidując uprawnień wyjątkowych dla żadnej z instytucji państwa, Nozick wymaga od jego przedstawicieli działania, które by uchroniło inne podmioty przed kradzieżą, oszustwem, przemocą. Ochrona ta

37 R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, New York 1974, s. 33.

38 *Ibidem*, s. 35.

39 N.C. Lazar, *States of Emergency in Liberal Democracies*, s. 43.

40 O. Gross, F. Ní Aoláin, *Law in Times of Crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, s. 133.

jest jedynym uzasadnieniem istnienia państwa, musi więc być skuteczna. Pryncypium skuteczności nie sprawia jednak, że działania łamiące prawo jako instytucję absolutną stają się legalne; przeciwnie, pozostaje ono złamaniem prawa. „[...] nawet jeśli ich [instytucji – W.E.] działania – piszą Gross i Ní Aoláin – były rzeczywiście dla dobra publicznego, to i tak może być od nich wymagane zapłacenie ceny za działanie wbrew prawu. Urzędnik musi być pociągnięty do odpowiedzialności za swoje czyny i nie może być zwolniony z obowiązku zadośćuczynienia. Nawet jeśli złamał prawo z ważnych powodów, nadal jest zobowiązany do zadośćuczynienia”⁴¹. W ten sposób prerogatywy działania nadzwyczajnego nie muszą być ujmowane w pozytywnej regulacji, gdyż czerpią z absolutnych praw już istniejących: po, by użyć sformułowania z porządku perspektywy dualistycznej, ustaniu faktycznej sytuacji nadzwyczajnej jest ona uważana za prawną sytuację normalną, względem której stosuje się prawo jako takie.

Sprawdź teraz, w jaki sposób można odnieść ten sposób myślenia do sytuacji władz w przypadku różnych rodzajów stanu nadzwyczajnego przewidzianego w Konstytucji RP. To, co sugeruje libertariańska wizja prawa proponowana przez Roberta Nozicka, to myślenie o problematyce na ogół uznawanej za konstytucyjną przy użyciu kategorii, jakie obowiązują w takich dziedzinach prawa, jak prawo cywilne. Skoro nie ma zależności podrzędności między podmiotami absolutnych norm, muszą one rozstrzygać spory między sobą na płaszczyźnie równości. Taka wizja nie narusza żadnej z zasad wymienionych w ust. 6 art. 228, ale daje asumpt do rozwijania uprawnień poszczególnych gałęzi władzy, jakie legalizuje art. 232 (poprzez umożliwienie Sejmowi przeciągania stanu klęski żywiołowej) i inne ustępy art. 228 (poprzez umocnienie legislatywy, umożliwienie odebraniem uprawnień judykatywie).

Wizja Nozicka, wywodzona przez innych badaczy z jego filozofii, każe przyznać zdarzeniom świata faktycznego prymat nad absolutnymi prawami – co nie oznacza, zawieszenia tych ostatnich. Po ustąpieniu okoliczności wyjątkowych instytucje państwa jako znajdujące się na równi z pozostałymi podmiotami prawa są obowiązane zadośćuczynić szkodom, jakie wynikły ze złamania absolutnych norm (metodą analogiczną do przewi-

41 *Ibidem*, s. 133.

dzianej w art. 445 kc; nie biorę tu pod uwagę odszkodowań dla przedsiębiorców ujętych w stanie klęski żywiołowej, bowiem wprowadzenie tej instytucji jako konsekwencji wyszczególnionego w ustawie zasadniczej stanu nadzwyczajnego czyni zadość perspektywie dualistycznej, nie monistycznej). Jeżeli to zrobią, mogą je, zdaje się twierdzić Robert Nozick, łamać do woli, bowiem – wracając do nielibertariańskiej, ale wciąż fundamentalnej dla amerykańskiego filozofa argumentacji Immanuela Kanta – i tak nie są w stanie całkiem złamać norm.

Stan nadzwyczajny w ujęciu monistycznym (II): Liberalny realizm Jeremy'ego Waldrona, Johna Graya i Judith Shklar

Podobnie jak Kant i Nozick, także liberalni realiści uznają konflikt za istotną składową rzeczywistości. Nie oznacza to jednak, że zbliżają się do decyzyonistów, którzy mają go za centrum tej jej sfery, jaką jest polityczność. Owszem, zgadzają się, że ta ostatnia jest „w znacznym stopniu skoncentrowana na idei [...] konfliktu”⁴² i polega na „endemicznym sporze, co liczy się jako kwestia polityczna [...] co powinno być przedmiotem troski społeczeństwa”⁴³; nie szukają jednak jednej instytucji, decyzyonistycznego suwerena, która by konflikt swoim działaniem rozwiązał. Przeciwnie, ich propozycja to, jak określa ją Matt Sleat, roszczenie do „głębokiego pluralizmu”⁴⁴, którego celem ma być umożliwienie współistnienia w społeczeństwie skonfliktowanych stron, z których każda ma wpływ na kształtowanie ładu.

Tu jednak, z pozoru przynajmniej, zaczyna się problem. Konflikt bowiem może dotyczyć również tego, jakie są uprawnienia państwa w momencie trwania w sferze faktycznej stanu nadzwyczajnego i legitymacja jego działań w trakcie i po zakończeniu tegoż. Ujmując rzecz inaczej, nawet jeżeli według liberalnych realistów zadanie państwa to po prostu ujmowanie w ramy konfliktu tak, by mógł się wydarzać w sposób

42 B. Williams, *In the Beginning Was the Deed*, Princeton University Press, Princeton 2005, s. 17.

43 G. Newey, *After Politics: The Rejection of Politics in Contemporary Liberal Philosophy*, Palgrave, Basingstoke 2001, s. 7–8.

44 M. Sleat, *Liberal Realism: A Liberal Response to the Realist Critique*, „The Review of Politics” 2011, t. 73, s. 472.

zapewniający wszystkim stronom możliwość wypowiedzenia swych racji (w końcu, jak pisze Jeremy Waldron, „państwa powinny być tworzone wśród ludzi, którzy zaludniają to samo terytorium, bez względu na to, czy są ze sobą spokrewnieni, czy też nie, ponieważ to oni są tymi, którzy najprawdopodobniej będą w konflikcie ze sobą”⁴⁵), w sytuacji zagrożenia organizmu politycznego jako całości (a więc także tego, co umożliwia ów konflikt) winno ono mieć uzgodnione ze wszystkimi uczestnikami wewnętrznego konfliktu prerogatywy, by działać tak, by się samozachować. Liberalni realisci na tę wątpliwość udzielają kilkustopniowej odpowiedzi.

Jej podstawowy element jest konsekwencją legitymacji, jaką mogą się w logice politycznej liberalnego realizmu cieszyć rządzący. Ponieważ zadaniem państwa jest stworzyć ramy dla konfliktu, jaki wydarza się w jego granicach, można sformułować jego legitymację jako wynikającą z zapewnienia pewnego *modus vivendi*: zgody na to, aby się nie zgadzać, dopóki ta niezgoda jest dla niezgadzających się bezpieczna⁴⁶. Przestaje taka być, kiedy – uważa Judith Shklar – w przestrzeń faktyczną wkrada się to, co uniemożliwia takie istnienie konfliktu: strach. Liberalny realizm jest więc ufundowany nie na „*sumum bonum*, do którego powinni dążyć wszyscy aktorzy polityczni, ale z [...] *sumum malum*, które wszyscy znamy i uniknęlibyśmy, gdybyśmy tylko mogli”⁴⁷. Granicą uprawnień państwa w sytuacji wyjątkowej winno być zatem takie działanie, które strachu nie powoduje, zapewniając podmiotom prawa możliwość kultywowania stylu życia, do którego są przyzwyczajone: gdy strach się pojawia, legitymacja upada. Z tego względu nie można mówić, jak byłoby to w perspektywie dualistycznej, o specjalnych uprawnieniach państwa w faktycznej sytuacji nadzwyczajnej, rodzaju drugiej konstytucji na czasy wyjątkowe: wprowadzenie takowej oznaczałoby zadekretowanie także w sferze faktycznej strachu. Nie oznacza to jednak także, że państwo może polegać tylko na działaniach przewidzianych w (sformułowanie dualistyczne) porządku sytuacji normalnej, bowiem „kiedy są atakowani, ludzie chcą, żeby ich

45 J. Waldron, *Proximity as the Basis of Political Community*, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 11–08, s. 14.

46 Zob. J. Gray, *Two Faces of Liberalism*, New Press, New York 2000, s. 2.

47 J. Shklar, *The Liberalism of Fear*, w: S. Hofman (red.), *Judith N. Shklar: Political Thought and Political Thinkers*, University of Chicago Press, Chicago 1998, s. 10–11.

rząd zaczął działać i [...] poczuć, że coś jest robione⁴⁸. Bez tego poczucia strach również się pojawia.

Reakcja państwa musi więc być oparta na równowadze między zapewnianymi przez nie wolnościami (reprezentowanymi jako *pars pro toto* przez wolność konfliktowania się) oraz bezpieczeństwem, które bierze się z ich zawieszenia, bowiem „choć istnieją dobre powody do ochrony swobód obywatelskich, muszą one ustąpić, jeśli powody na ich korzyść pozostają te same, podczas gdy coś jest dodawane do powodów ich zawieszenia⁴⁹. Faktyczne wyjątkowe okoliczności zwiększają ryzyko poświęcenia jednego dla drugiego – co może skutkować pojawieniem się strachu oraz porzuceniem i wolności, i bezpieczeństwa: „ograniczenie wolności może również ograniczyć bezpieczeństwo państwa⁵⁰. By wyjść z tej aporii, realisci proponują stworzenie katalogu wolności immunizowanych, by proces zapewniania równowagi mógł zaistnieć. Immunizacja winna być efektem oceny ich dystrybutywnego charakteru, gdyż „zmniejszenie wolności może dotknąć niektórych bardziej niż innych⁵¹.

Zawieszenie i immunizacja, które postulują liberalni realisci, mogłyby prowadzić do stwierdzenia, iż mamy w ich myśleniu do czynienia z dualizmem – bo przecież przewidują dwa porządki prawne, jeden na czasy normalne, drugi wyjątkowe. Taka konstatacja jest jednak niemożliwa, bowiem realisci nie wnoszą o przydawanie jakiegokolwiek gałęzi władzy nowych uprawnień z racji nastąpienia faktycznej sytuacji ekstraordynaryjnej, lecz wyłącznie o okrojenie obecnych wolności podmiotów prawa – przy zapewnieniu przez państwo, że podmioty te nie będą narażone w sferze faktycznej na strach, jednym słowem: że i w faktycznej, i w prawnej sytuacji wyjątkowej będą mogły zachować swój *modus vivendi*.

Jako przykład i dodatkowych uprawnień, i wartości immunizowanych Jeremy Waldron podaje te zawierające się w prawie do przeprowadzania tortur. Jest ono uznawane przez niego za „obrazę godności oraz demoralizację i deprawację, która prawie zawsze wiąże się z tym przedsięwzięciem,

48 J. Waldron, *Security and Liberty: The Image of Balance*, „The Journal of Political Philosophy” 2006, t. 11, nr 2, s. 206.

49 *Ibidem*, s. 196.

50 *Ibidem*, s. 195.

51 *Ibidem*, s. 194.

niezależnie od tego, czy jest ono legalne czy nie. Kwestia relacji między zakazem tortur a resztą prawa [jest] kwestią archetypów [...]”⁵². Niemożność wprowadzenia praw uderzających w owe archetypy – jako takich, które powodowałyby wystąpienie strachu w sferze faktycznej – gwarantuje, iż środki przedsięwzięte przez państwo w sferze prawnej pozostają środkami wcześniej ustalonymi, których zakres jedynie zwiększa się, gdyż mogą w momencie i prawnego, i faktycznego zawieszenia pewnych praw działać w przestrzeniach, w których w faktycznej sytuacji normalnej nie miały takiej możliwości.

Spójrzmy teraz, jak wygląda to w odniesieniu do Konstytucji RP. Jak już wskazywałem, jej regulacje dotyczące stanu nadzwyczajnego opierają się na rozszerzaniu uprawnień poszczególnych gałęzi władzy (także poprzez ograniczanie na ich rzecz tych, które są udziałem innych). Szczególne są tu uprawnienia Prezesa Rady Ministrów, w każdym z polskich rodzajów stanu nadzwyczajnego ulegające zwiększeniu: jest on, by użyć określenia zaproponowanego przez Waldemara Kitlera, administratorem stanu nadzwyczajnego w Polsce⁵³. Inaczej jest jednak z prezydentem, gdyż w momencie zaistnienia faktycznej sytuacji nadzwyczajnej „jego działania mają taki sam charakter, jak podczas stanu normalnego [...]”⁵⁴.

Gdyby spojrzeć na tę część polskich uregulowań dotyczących stanu nadzwyczajnego z perspektywy liberalnych realistów, podczas gdy w przepisach związanych z kompetencjami prezydenta mamy do czynienia z zastosowaniem monizmu, w regulujących kompetencje premiera – z dualizmem. Dualizm ten zdaje się istotny również w odniesieniu do kompetencji Sejmu podczas trwania stanu klęski żywiołowej i podnoszonej wyżej możliwości przedłużania go w nieskończoność czy badania przez sądy legalności i zgodności z Konstytucją rozporządzenia o wprowadzeniu stanu nadzwyczajnego. Gdyby więc proponować uregulowania stanu nadzwyczajnego w polskim prawie tak, by spełniały one założenia perspektywy przyjętej przez liberalnych realistów, należałoby postulować

52 *Idem*, *Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*, „Columbia Law Review” 2005, t. 105, s. 1749–1750.

53 W. Kitler, *Aspekty kompetencyjne kierowania bezpieczeństwem narodowym w warunkach stanu wyjątkowego*, „Zeszyty Naukowe Akademii Obrony Narodowej” 2017, nr 4 (97), s. 35.

54 *Ibidem*, s. 40.

włączenie nadzwyczajnych uprawnień premiera do porządku obowiązującego w czasach normalnych, tak by w momencie prawnego stanu nadzwyczajnego ulegały one zwiększeniu nienaruszającego ich istoty.

Co jednak wydaje się w polskich przepisach istotne, to kwestia obostrzeń dotyczących zmiany prawa i przeprowadzania wyborów. Zgodnie z monistycznym spojrzeniem, tego rodzaju uregulowanie zwiększa pewność prawa, nie wywołuje więc w jego podmiotach strachu i pozwala zachowywać obowiązujący w sytuacji normalnej *modus vivendi*. Podobnie jest z niedookreślonością w polskim prawie konstytucyjnym tego, co należy rozumieć pod kluczowym dla stanu nadzwyczajnego terminem „bezpieczeństwo obywateli”. Jak przypomina Kitler, doktryna zwykła dokonywać w przypadku tego terminu wykładni zakorzenionej w prawie karnym, w myśl której „chodzi m.in. o ochronę przed działaniami osób godzącymi w: życie i zdrowie ludzi; środowisko; wolności; wolność sumienia i wyznania; wolności seksualne i obyczajność; rodzinę i opiekę; cześć i nietykalność cielesną”⁵⁵. Użycie wykładni z – sformułowanie dualistyczne – prawa czasów niewyjątkowych do stworzenia prawnego minimum wyznaczającego waldronowską równowagę pomiędzy wolnością a bezpieczeństwem każe uznać za spełniony monistyczny postulat jedności prawa obowiązującego w – pod względem faktycznym – czasach normalnych i tych, w których normalność została zawieszona.

Stan nadzwyczajny w ujęciu monistycznym (III): Udzielenie legitymacji analogicznej do innych gałęzi prawa w instytucjonalizmie Nomi Claire Lazar i Thomasa Biebrichera

Również ostatni z monistycznych sposobów ujmowania stanu nadzwyczajnego oparty jest na udzieleniu prawnym działaniom podejmowanym przez państwo w faktycznej sytuacji ekstraordynaryjnej legitymacji analogicznej do tej, którą cieszy się ono w faktycznej sytuacji normalnej przy użyciu analogii do innych dziedzin prawa. To monizm, w którym instytucjonalistyczny komponent, zaznaczony przeze mnie wyżej, jest szczególnie istotny. Przedmiotem namysłu omawianych teoretyków są

55 *Ibidem*, s. 43.

bowiem „instytucje, a nie osoby jako główne podmioty prawne”⁵⁶. Są one przez nich traktowane jako „ufundowane na idei, która jest w usankcjonowana w ich rozwoju. Instytucja jest wspólnotą ludzi w idei”⁵⁷. Dla instytucjonalistów utworzenie instytucji nie jest ani efektem procesu proceduralnego, ani decyzji suwerena; stanowi konsekwencję społecznego porządku, opartego na zasadzie fundującej.

W przypadku demokracji zasadą tą jest, jak pisze Jef Huysmans, *res publica* jako dobro wspólne, w którym polityka prowadzona jest w sposób racjonalny – niezależnie od faktycznych okoliczności⁵⁸. Te bowiem mogą się zmieniać, ale podzielenie ich (wciąż faktycznych) na normalne i wyjątkowe jest o tyle niemożliwe, że nawet w czasach faktycznie normalnych racjonalne polityczne działanie może się realizować w instrumencie prawnym, którym państwo wdzierają się w sferę wolności obywateli. W przypadku okoliczności faktycznie ekstraordynaryjnych jego wdzieranie się winno się więc cieszyć legitymacją analogiczną do tej, która jest jego udziałem w okolicznościach faktycznie normalnych. Niżej zanalizuję dwa przykłady takiego działania opisane przez Nomi Claire Lazar oraz Thomasa Biebrichera.

Zacznijmy od Lazar. To, co inni instytucjoniści określają mianem zasady, kanadyjska badaczka nazywa etyką egzystencjalną, usprawiedliwiającą użycie przez państwo środków prawnych, które w ramach perspektywy dualistycznej są ekstraordynaryjne. Etykę tę charakteryzuje skupienie na większej, instytucjonalnej idei, obejmującej całe społeczeństwo: w przypadku demokracji liberalnej, uważa badaczka, jest nią porządek, tylko on bowiem zapewnia istnienie konotowanych z liberalizmem praw jednostki. Porządek zaś jest zakłócany nie tylko przez działania sił naruszających bezpieczeństwo państwa, ale także dokonujących przestępstwa; w tym wypadku przywrócenie porządku możliwe jest zaś za sprawą ukarania. To jednak, jak pisze Lazar, „wiąże się z naruszeniem podstawowych praw człowieka i obywatela ukaranej osoby”⁵⁹. Kanadyjska badaczka nie ma tu na myśli tak radykalnych środków, jak kara śmierci; przekonuje jednak, że „zamykanie ludzi w celach nie może nie być postrzegane jako rażące nad-

56 J. Huysmans, *International Politics of Exception*, s. 155.

57 *Ibidem*, s. 156.

58 *Ibidem*, s. 157.

59 N.C. Lazar, *States of Emergency in Liberal Democracies*, s. 100.

użycie praw”⁶⁰. Podobnego rodzaju działanie nie budzi jednak sprzeciwu, ponieważ panuje ogólna zgoda podmiotów prawa, że popełniający przestępstwo umieszcza samego siebie poza granicami zapewnianymi przez prawo; społeczny porządek, który przywróci retribucja, jest istotniejszy od tego, czy każdy podmiot może cieszyć się pełnym zestawem praw. „Jeśli przyjmiemy tę perspektywę, kara, która stanowi część niemal każdej teorii prawa karnego, stanie się moralnym odpowiednikiem wyjątkowości”⁶¹.

Oczywiście, Lazar dostrzega praktyczne różnice pomiędzy aplikacją prawa w formie retribucyjnej a stosowaniem prawnych środków, które w perspektywie dualistycznej uznaje się za ekstraordynaryjne – przede wszystkim kwestię zasięgu stosowania tych instrumentów. „[...] Działalność przestępcza zagraża tym samym, ale na mniejszą skalę. Sytuacje nadzwyczajne stanowią poważne i bezpośrednie zagrożenie dla życia i mienia na danym obszarze”⁶². Skala stosowanych środków jest jednak, jak twierdzi, wyłącznie konsekwencją tego, jak wielkie jest zagrożenie dla porządku. Ich zakres, będąc, podobnie jak stopień retribucji w prawie karnym, określonym przed zaistnieniem sytuacji wyjątkowej, jest uprawniony – podobnie jak ubieganie się przez podmiot prawa o odszkodowanie, jeżeli okazał się zbyt szeroki. Inną różnicą w praktycznym zastosowaniu środków nadzwyczajnych w takiej wizji jest kwestia tego, jak szybko muszą one wejść w życie. „Nagłość i skala – pisze – odróżniają normalność od wyjątkowości, ale są to różnice stopnia, nie rodzaju. Etyka egzystencjalna funkcjonuje stale, ale to, co pociąga za sobą lub co usprawiedliwia, zmienia się, jeśli sprawa jest pilna”⁶³. W ten sposób prawo nie staje się dualistyczne.

Nieco bardziej skomplikowana jest kwestia monizmu proponowanego przez Thomasa Biebrichera. Czerpiąc z Friedricha Hayeka, niemiecki myśliciel proponuje, by jako rodzaj ekstraordynaryjnych uprawnień państwa potraktować legitymację jego interwencji w gospodarce. „Można by to również nazwać – pisze – permanentnym stanem nadzwyczajnym, który służy jako polityczna rama interwencjonizmu”⁶⁴. Na poparcie tez

60 *Ibidem*, s. 101.

61 *Ibidem*, s. 102.

62 *Ibidem*.

63 *Ibidem*, s. 103.

64 T. Biebricher, *Sovereignty, Norms, and Exception in Neoliberalism*, „Qui Parle” 2014, t. 23, nr 1, s. 98.

tezy Biebricher przywołuje działania Komisji Europejskiej i Europejskiego Banku Centralnego, które, w ramach Europejskiego Mechanizmu Stabilności oferują linię kredytową dla krajów zagrożonych recesją, wymagając na nich jednocześnie dotykające ich systemu finansowego reformy. W ten sposób, uważa, tworzą one „to, co można nazwać [...] nadzwyczajną konstytucją pozaprawną”⁶⁵. Nieujęcie takich uprawnień europejskich instytucji w umowach z państwami członkowskimi prowadzi do stosowania przez nie prawnych środków, które dualiści nazwaliby nadzwyczajnymi.

By tezę Biebrichera uczynić monistyczną, należy uznać, że jego perspektywa dlatego zdaje się dualistyczna, że silną pozycję zajmuje w niej państwo jako suweren, którego prawna suwerenność zostaje zachwiana w momencie, w którym ponadnarodowa instytucja ujawnia się jako faktycznie ją dzierżąca. Jeżeli jednak uznamy, że wpływ takiego aktora jak Europejski Bank Centralny na działania podejmowane w obrębie państwa członkowskiego Unii Europejskiej jest wpływem centralnej instytucji na podległe jej państwo, będziemy mogli potraktować nawet wymuszenie reform jako instytucjonalistyczne dostosowywanie prawa do nowych okoliczności społecznych. Działanie to w ramach perspektywy monistycznej oznacza reagowanie przez władzę centralną na przemiany instytucjonalne i oznacza konieczność dostosowania istniejącego prawa do nowych, faktycznych okoliczności, z założeniem, że zasadą organizującą działanie instytucji jest wzrost gospodarczy. Wówczas podobne działanie, jakkolwiek oznacza wyjście poza zapisy prawa pozytywnego w postaci umów międzynarodowych, równa się reagowaniu przez organizm polityczny na ekstraordynaryjne wydarzenia w świecie faktycznym, i nie może zostać uznane za zawieszenie porządku prawnego – ów bowiem, jako zbudowany na instytucjach świata faktycznego, uległ przemianie.

Sprawdzę teraz, jak tego rodzaju perspektywę można zastosować do zapisów Konstytucji RP. W przypadku propozycji Lazar, należy stwierdzić, iż punktem odniesienia w polskim prawie konstytucyjnym jest art. 233 ust. 3 określający, jakie prawa i wolności podmiotu mogą zostać zawieszane w stanie klęski żywiołowej. Zakres tegoż zawieszenia normuje *Ustawa o stanie klęski żywiołowej* z 18 kwietnia 2002 roku, która w rozdziale 3

65 *Ibidem*, s. 103.

wprowadza szereg ograniczeń dotyczących praw i wolności obywatela. Są unormowane w sposób ogólny i prezentują wyłącznie katalog wolności i praw, które mogą ulec zawieszeniu; brakuje w nich regulacji, która stanowiłaby, do jakiego stopnia to zawieszenie jest możliwe. Podobnie sprawy mają się z uregulowanymi w art. 22 te same ustawy świadczeniami osobistymi, których państwo może wymagać od obywatela. Jeśliby więc starać się je uregulować w sposób zgodny z monistyczną analogią z prawem karnym, którą postuluje Lazar, należałoby określić najszerszy nawet zakres, w jaki państwo może wkraczać w dziedzinę praw i wolności obywatela, organizując swoje działanie wokół zasady *res publica* jako przestrzeni, która umożliwi podmiotowi prawa bycie poddawany politycznym zabiegom w sposób racjonalny i przewidywalny.

Nie inaczej jest z propozycją Biebrichera rozważaną na poziomie krajowym. W polskich warunkach interwencja państwa w gospodarkę nie jest uregulowana na poziomie ogólnym; podobnie jak w innych krajach Unii Europejskiej zależy ona, jak pisze Urszula Szubert-Zarzewny, od wypracowanej społecznie kultury kapitalizmu⁶⁶. Ten ostatni jest synonimem instytucjonalistycznej zasady, wokół której organizowane są działania państwa, każdorazowo regulowane osobnym aktem prawnym, któremu nie jest przydawany charakter ekstraordynaryjny. Dopiero ów akt prawny, na poziomie ustawowym, określa szczegółowe zasady interwencji państwa w gospodarkę, sankcjonując nowe faktyczne okoliczności. Gdyby więc spróbować w ten sam sposób wprowadzać w polskim porządku prawnym stan nadzwyczajny, należałoby uznać, iż każdorazowe dostosowywanie porządku prawnego do nowych okoliczności winno odbywać się na poziomie ustawowym, w ramach normalnych kompetencji państwa, nie zaś na podstawie szczególnego rozporządzenia wynikającego z Konstytucji RP i ustaw o stanach nadzwyczajnych. Taki zabieg oznaczałby zatem każdorazowe dostosowywanie porządku prawnego do nowych okoliczności i w ten sposób normalizowanie tych ostatnich, co jednakże nie oznaczałoby permanencji stanu nadzwyczajnego w rozumieniu Giorgio Agambena.

66 Zob. U. Szubert-Zarzewny, *Spoleczne aspekty interwencjonizmu państwowego w gospodarce na przykładzie wybranych państw Unii Europejskiej*, w: D. Kopycińska (red.), *Polityka gospodarcza państwa*, Katedra Mikroekonomii Uniwersytetu Szczecińskiego, Szczecin 2010, s. 48.

Podsumowanie

Powyższy artykuł poświęcony był możliwości umieszczenia instytucji zwyczajowo określanej stanem nadzwyczajnym w ramach perspektywy monistycznej, która akceptuje istnienie wyjątku w świecie faktycznym, odmawia jednak uznania go w świecie prawnym i stworzenia specjalnych instrumentów, które miałyby służyć przewycięzeniu faktycznej ekstrasądowej sytuacji. Perspektywa monistyczna zakłada, że podobne instrumenty już istnieją w systemie prawnym – nawet jeśli nie w sferze prawa publicznego, to prywatnego, z którego rozwiązania można umieścić w sferze prawa publicznego na zasadzie analogii. Moniści są przy tym instytucjonalistami, wnoszącymi o dostosowanie systemu prawnego do okoliczności życia społecznego i zakładającymi, że z nakładania się jednego na drugie system prawny czerpie prawomocność. Ich monizmy są jednak różne: libertariański Robert Nozick wnosi o używanie regulacji będących wcześniej domeną prawa cywilnego, podczas gdy Nomi Claire Lazar i Thomas Biebricher – z dziedziny prawa karnego i gospodarczego. Nieco inaczej na sprawę patrzą liberalni realisci, którzy prawomocność środków stosowanych w faktycznej sytuacji ekstrasądowej czerpią z możliwości kultywowania przez podmioty prawa takiego życia, jak przed wystąpieniem okoliczności wyjątkowych. Ich monizm równa się pewności, że środki użyte przez państwo nie będą radykalnie interweniowały w wolności i prawa obywateli. Jak pokazałem, zastosowanie tej perspektywy jest możliwe na gruncie polskiego systemu prawnego; czy bardziej efektywne od perspektywy dualistycznej – to osobna sprawa.

Bibliografia

- International Covenant on Civil and Political Rights*, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.
- Agamben G., *Stan wyjątkowy*, przeł. M. Surma-Gawłowska, Ha-art, Kraków 2009.
- Agamben G., *Homo sacer. Suwerenna władza i nagie życie*, przeł. M. Salwa, Prószyński i S-ka, Warszawa 2008.
- Biebricher T., *Sovereignty, Norms, and Exception in Neoliberalism*, „Qui Parle” 2014, t. 23, nr 1, s. 77–107.

- Benjamin W., *Przyczynek do krytyki przemocy*, przeł. A. Lipszyc, „Kronos: metafizyka, kultura, religia” 2009, nr 4, s. 26–41.
- Bonefeld W., *Democracy and Dictatorship. Neoliberalism and the State of Exception*, „Critique. Journal of Socialist Theory” 2006, t. 34, nr 3, s. 237–252.
- Buchanan J., *The Reason of Rules: Constitutional Political Economy*, Cambridge University Press, Cambridge 1985.
- Buławajewski S., Dąbrowski M., *Wolności i prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne*, w: M. Chmaj (red.), *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
- Dyzenhaus D., *The Constitution of Law. Legality in the Times of Emergency*, Cambridge University Press, Cambridge 1996.
- Finn J.E., *Constitutions in Crisis. Political Violence and Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford 1991.
- Ferejohn J., Pasquino P., *The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers*, „International Journal on Constitutional Law” 2004, t. 2, nr 2, s. 210–239.
- Fraenkel E., *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship*, przeł. E.A. Shils, Lawbook Exchange, New York 2010.
- Gray J., *Two Faces of Liberalism*, New Press, New York 2000.
- Gross O., Ní Aoláin F., *Law in Times of Crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2006.
- Hjorth R., *The Poverty of Exceptionalism in International Theory*, „Journal of International Political Theory” 2014, t. 10 (2), s. 169–187.
- Huysmans J., *International Politics of Exception: Competing Visions of International Political Order Between Law and Politics*, „Alternatives: Global, Local, Political” 2006, t. 31, nr 2, s. 135–165.
- Hussein N., *The Jurisprudence of Emergency*, University of Michigan Press, Ann Arbor 2003.
- Kant I., *On the Common Saying: „This May Be True in Theory, But It Doesn’t Apply to Practice”*, w: *idem, Political Writings*, Cambridge University Press, Cambridge 1971.
- Kant I., *Metafizyka moralności*, przeł. M.J. Siemek, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2019.
- Kant I., *Co to jest oświecenie?*, w: T. Kroński, *Kant*, Wiedza Powszechna, Warszawa 1966.
- Klein N., *Doktryna szoku: jak współczesny kapitalizm wykorzystuje kryzysy społeczne*, przeł. H. Jankowska, Muza, Warszawa 2020.
- Kitler W., *Aspekty kompetencyjne kierowania bezpieczeństwem narodowym w warunkach stanu wyjątkowego*, „Zeszyty Naukowe Akademii Obrony Narodowej” 2014, nr 4 (97), s. 34–51.

- McGovern M., *The Dilemma of Democracy: Collusion and the State of Exception*, „Studies in Social Justice” 2006, t. 5, nr 2, s. 1213–1230.
- Newey G., *After Politics: The Rejection of Politics in Contemporary Liberal Philosophy*, Palgrave, Basingstoke 2001.
- Nozick R., *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, New York 1974.
- Prokop K., *Stany nadzwyczajne w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Temida, Białystok 2005.
- Rossiter C., *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton University Press, Princeton 1948.
- Scheppele K.L., *Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11*, „University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law” 2004, t. 6, nr 5, s. 1001–1083.
- Shklar J., *The Liberalism of Fear*, w: S. Hofman (red.), *Judith N. Shklar: Political Thought and Political Thinkers*, University of Chicago Press, Chicago 1998.
- Sleat M., *Liberal Realism: A Liberal Response to the Realist Critique*, „The Review of Politics” 2003, t. 73, s. 463–496.
- Szubert-Zarzewny U., *Społeczne aspekty interwencjonizmu państwowego w gospodarce na przykładzie wybranych państw Unii Europejskiej*, w: D. Kopycińska, *Polityka gospodarcza państwa*, Katedra Mikroekonomii Uniwersytetu Szczecińskiego, Szczecin 2007.
- Talmon J.L., *The Origins of Totalitarian Democracy*, W.W. Norton, New York 1970.
- Waltz K., *The Continuity of International Politics*, w: K. Booth, T. Dunne (red.), *Worlds of Collision: Terror and the Future of Global Order*, Palgrave. London 2002.
- Waldron J., *Proximity as the Basis of Political Community*, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 11–08.
- Waldron J., *Security and Liberty: The Image of Balance*, „The Journal of Political Philosophy” 2006, t. 11, nr 2, s. 191–210.
- Waldron J., *Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*, „Columbia Law Review” 2005, t. 105 (6), s. 1681–1750.
- Wilkinson P., *Terrorism and the Liberal State*, New York University Press, New York 1986.
- Williams B., *In the Beginning Was the Deed*, Princeton University Press, Princeton 2005.
- Zakaria F., *The Rise of Illiberal Democracy*, „Foreign Affairs” 1997, t. 76, nr 6, s. 22–43.

The Monistic Approach to the State of Emergency: Three Theoretical Proposals and Their Practical Implementation in the 1997 Constitution of the Republic of Poland

This article attempts to rethink the institution of the state of emergency from the monistic perspective, according to which this institution does not violate the foundations of a democratic state of law: as a legal instrument to combat the threat the state faces, using tools from the normative order established before the emergency situation occurred. The author analyses three possible variants of this perspective derived from Robert Nozick's libertarianism, Nomi Claire Lazar's institutionalism and Jeremy Waldron's liberal realism. He applies them to the provisions of the 1997 Constitution of the Republic of Poland.

Keywords:

STATE OF EMERGENCY, MONISM, INSTITUTIONALISM.